

Hoge Raad verduidelijkt renteaftrekbeperking artikel 10a Wet Vpb 1969 in acquisitiestructuren

Op vrijdag 15 juli 2022 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen over de aftrek van rente op leningen die dienden ter financiering van externe acquisities door private-equityfondsen. De Hoge Raad beantwoordt vooral enkele openstaande vragen over artikel 10a Wet Vpb 1969, zoals wanneer sprake is van een zogenoemde '(onzakelijke) omleiding binnen concern'. De beslissing van de Hoge Raad zorgt ervoor dat de renteaftrekbeperking van artikel 10a Wet Vpb 1969 minder snel kan worden toegepast dan de Belastingdienst in de praktijk bepleit. Dat betekent echter zeker niet dat het nu gemakkelijk is om rente op een acquisitielening in aftrek te brengen. De Hoge Raad heeft namelijk onder andere de zogenoemde 'onzakelijkeleningleer' ontwikkeld, artikel 10a Wet Vpb 1969 is inmiddels aangescherpt, er gelden hybridemismatchmaatregelen (ATAD2) en er zijn generieke renteaftrekbeperkingen, zoals de earningsstrippingmaatregel, in de Wet Vpb 1969 opgenomen. En last but not least kan fraus legis ook nog altijd roet in het eten gooien. Hieronder gaan we uitgebreider in op de arresten van de Hoge Raad.

Zaak 1 (ECLI:NL:HR:2022:1085)

De eerste zaak betreft een acquisitiestructuur waarbij een Nederlandse overnamevennootschap via een Luxemburgse moedervernootschap indirect werd gehouden door diverse separate subfondslichamen van de investeringsfondsen A en B alsmede door diverse co-investeerders. De Nederlandse overnamevennootschap kocht in 2011 de aandelen in de Nederlandse houdstervernootschap van de targetgroep. Deze externe acquisitie is onder meer gefinancierd met een geldlening van de Luxemburgse moedervernootschap ('aandeelhouderslening'). De Luxemburgse vennootschap had deze middelen opgehaald bij de bovengenoemde subfondsen met het uitgeven van zogeheten 'preferred equity certificates' (PEC's). Na de acquisitie is een aantal van de geacquireerde Nederlandse targetgroepsvennootschappen gevoegd in een fiscale eenheid met de Nederlandse overnamevennootschap. In geschil is de aftrek van de rente op de aandeelhouderslening in het jaar 2011/2012.

Gerechtshof Den Haag [oordeelde](#) onder meer dat de rente op de aandeelhouderslening niet aftrekbaar was op grond van artikel 10a Wet Vpb 1969, omdat sprake was van een onzakelijke omleiding binnen concern van de voor de acquisitie aangewende middelen. Het hof overwoog daartoe onder meer dat de omstandigheid dat de PEC-houders niet kwalificeerden als verbonden lichamen in de zin van artikel 10a lid 4 Wet Vpb 1969 niet beslissend is bij de beoordeling of sprake is van een onzakelijke omleiding binnen concern, maar dat een onzakelijke omleiding ook kan plaatsvinden via andere betrokkenen (dat wil zeggen: niet als verbonden kwalificerend in de zin van artikel 10a lid 4 Wet Vpb 1969).

De Hoge Raad [oordeelt](#) – voor zover relevant – dat voor de beoordeling of sprake is van een omleiding binnen concern van de voor de acquisitie aangewende middelen, louter moet worden gekeken naar lichamen die kwalificeren als verbonden lichaam in de zin van artikel 10a lid 4 Wet Vpb 1969. In deze zaak brengt dit met zich mee, aldus de Hoge Raad, dat de PEC-houders niet tot hetzelfde concern behoren als de Nederlandse overnamevennootschap, waardoor de middelen die door die Nederlandse overnamevennootschap zijn aangewend voor de externe acquisitie niet zijn omgeleid.

De Hoge Raad verwijst het geding naar Gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing van de zaak met inachtneming van dit arrest. Daarbij moeten de nog niet behandelde kwesties worden beoordeeld.

Zaak 2 (ECLI:NL:HR:2022:1086)

De tweede zaak betreft een acquisitiestructuur waarbij een Nederlandse overnamevennootschap via een Luxemburgse moedervenootschap indirect werd gehouden door diverse separate subfondslichamen van investeringsfondsen alsmede door diverse co-investeerdere. De Nederlandse overnamevennootschap kocht in 2010 de aandelen in de Nederlandse houdstervenootschap van de targetgroep. Het bij de investeerders opgehaalde vermogen werd via verschillende separate subfondslichamen en door de co-investeerdere geleend aan de Luxemburgse vennootschap die daartoe 'preferred equity certificates' (PEC's) had uitgegeven. De gelden die met de PEC's waren opgehaald werden door de Luxemburgse vennootschap voor circa € 43 miljoen gestort als kapitaal en voor de rest geleend aan de Nederlandse overnamevennootschap ('aandeelhouderslening'). De Nederlandse overnamevennootschap wendde de middelen vervolgens aan voor:

- a) de externe acquisitie van de bestaande Nederlandse houdstervenootschap van de targetgroep;
- b) de herfinanciering van bestaande schulden van die targetgroep.

Na de acquisitie is een aantal van de geacquireerde targetgroepsvennootschappen gevoegd in een fiscale eenheid met de Nederlandse overnamevennootschap. In geschil is de aftrek van de rente op de aandeelhouderslening in het jaar 2010/2011.

Gerechtshof Amsterdam [oordeelde](#) dat de aandeelhouderslening kwalificeerde als een onzakelijke lening en dat de rente moest worden gesteld op de risicovrije rentevoet, in casu 2,5%. Daarnaast oordeelde het hof dat deze 2,5% rente niet aftrekbaar was op grond van artikel 10a Wet Vpb 1969 voor zover de aandeelhouderslening was gebruikt voor de acquisitie en afkomstig was van de verschillende subfondsen van het investeringsfonds. Volgens het hof was namelijk sprake van een onzakelijke omleiding.

Voor zover van belang [oordeelt](#) de Hoge Raad, onder verwijzing naar het hiervoor besproken arrest in zaak 1 (ECLI:NL:HR:2022:1085), dat geen sprake is van een omleiding binnen concern van de voor de acquisitie aangewende middelen, omdat geen van de (middellijke) PEC-houders kwalificeert als een verbonden lichaam in de zin van artikel 10a lid 4 Wet Vpb 1969. De stukken bevatten, aldus de Hoge Raad, geen aanwijzing dat de middelen anderszins zijn omgeleid. Dit betekent dat het beroep van de Nederlandse overnamemaatschappij op de tegenbewijsregeling van artikel 10a lid 3 Wet Vpb 1969 naar het oordeel van de Hoge Raad slaagt.

Aangezien het hof echter voorbij is gegaan aan de essentiële stelling van de inspecteur dat de gecreëerde renteaftrek niet alleen in strijd is met doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb 1969 maar ook met doel en strekking van de Wet als geheel (fraus legis), kan de uitspraak van Hof Amsterdam niet in stand blijven. De Hoge Raad verwijst het geding naar Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing van de zaak met inachtneming van dit arrest.

Mocht u naar aanleiding van het voorgaande vragen hebben, dan staan de Meijburgadviseurs u vanzelfsprekend graag bij met hun expertise.

KPMG Meijburg & Co
18 juli 2022

De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.